

## IL DIRITTO DEBOLE. DAL RAPPORTO ALL'ORGANIZZAZIONE: ANDATA E RITORNO

*Mariano Protto*

SOMMARIO – 1. Il diritto debole. 2. Il diritto (debole) amministrativo delle origini. 3. Il diritto (amministrativo) forte, come diritto dell'organizzazione. 5. Il diritto debole e la ripresa del dialogo.

### *1. Il diritto debole*

Di fronte al fenomeno della globalizzazione, acquisita ormai coscienza dell'incidenza dei diritti sovranazionali, è diffusa la consapevolezza delle trasformazioni in atto nel diritto amministrativo.

Trasformazioni che derivano dal superamento delle categorie tradizionali, dal declino del paradigma gerarchico, che da sempre ha caratterizzato i poteri pubblici nazionali, e dall'assenza di regole generali in grado di governare l'organizzazione e il funzionamento dei poteri (Ferrarese, 2012).

In tale contesto, più che constatare passivamente tali trasformazioni sembra opportuno proporre l'idea che, a fronte di tali fenomeni, il diritto amministrativo possa essere (o tornare ad essere) concepito come 'diritto debole', con la consapevolezza che, peraltro, la debolezza non rappresenta abdicazione sul piano scientifico, ma costituisce un percorso, l'assunzione di un atteggiamento, di una prospettiva di indagine non semplice, assai più costosa e meno rassicurante della tradizione scientifica, che rende peraltro possibile l'esplorazione di nuovi territori e il dialogo con altre discipline (Vattimo, Rovatti, 1983).

### *2. Il diritto (debole) amministrativo delle origini*

A metà del XIX secolo, il diritto amministrativo era un diritto debole, una terra di mezzo ovvero un diritto – com'è stato acutamente rilevato – «equidistante tra pubblico e privato» (Mannori, Sordi, 2001: 345 sgg.), la cui specialità si svolgeva unicamente nei confronti del potere giudiziario (significativa è la definizione contenutosa del diritto amministrativo di Chauveau, 1841: 74), assicurando l'autonomia costituzionale del potere amministrativo nella logica della separazione dei poteri (Mannori, Sordi, 2001: 348).

Durante la lunga parentesi del contenzioso amministrativo e ancora nella prima esperienza della giurisdizione unica, quando il rapporto tra giustizia e amministrazione non aveva ancora assunto caratteri marcatamente conflittuali, potevano quindi svilupparsi soluzioni armoniche tra diritto pubblico e privato, tra contratto e provvedimento (sebbene nel senso dell'inclusione dei contratti nell'ambito della categoria dell'atto amministrativo: Romagnosi, 1835: 179).

Tuttavia, si è trascurato di rilevare che il dialogo con il diritto privato si è potuto instaurare sul fertile terreno del rapporto giuridico, che allora costituiva l'unica prospettiva ricostruttiva della neonata scienza del diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo nasce, infatti, come diritto dei rapporti tra cittadino e amministrazione, lasciando la disciplina dell'organizzazione e dell'attività amministrativa al tecnicismo della scienza dell'amministrazione (De Gerando, 1829: 8-9).

La dottrina soleva definire il diritto amministrativo semplicemente come il diritto dei rapporti tra cittadino e amministrazione (Block, 1856: 333), lasciando la disciplina dell'attività e dell'organizzazione amministrativa alla scienza dell'amministrazione o ad un non meglio precisato diritto amministrativo in senso lato (Laferrière, 1860: 334).

Si riteneva così comunemente che «[l']amministrazione pubblica può offrire tre diversi studi. Speculativamente considerata, è l'oggetto di una scienza, la quale comprende i grandi principii di ragione che debbono informare la gestione dei pubblici affari, e le cognizioni accessorie che fanno il buon amministratore, e preparano le riforme e i miglioramenti: sotto l'aspetto puramente pratico, presenta la cognizione del movimento dei pubblici uffizi, del loro interno organismo, delle relazioni tra i diversi agenti superiori e inferiori, insomma della parte regolamentare e tecnica dell'amministrazione: infine essa forma lo scopo di uno studio speculativo insieme e pratico, quando si contemplano i rapporti tra l'amministrazione e gli amministrati, ossia i diritti e doveri reciproci dell'una e degli altri, in conformità alle leggi esistenti, interpretate colla scorta dei principii generali che debbono regolare l'amministrazione pubblica. Sotto quest'ultimo rispetto si ha il diritto amministrativo» (Garelli, 1860: 39).

Per la dottrina del tempo «[s]onovi pertanto nel diritto amministrativo due parti distinte: una scientifica e giuridica, l'altra regolamentare; l'una dove vive l'elemento giuridico scientifico: l'altra dove capeggia l'arte della politica e dell'amministrazione. Egli è per questa prima parte che il diritto amministrativo ha veramente nome e dignità di un diritto positivo e scientifico» (Meucci, 1892: 7 sgg.).

Siffatta definizione, che oggi potrebbe apparire senz'altro *debole*, era ritenuta massimamente soddisfacente (la definizione di diritto amministrativo di Block e Laferrière viene testualmente ripresa in Germania da Pötzl, 1856: § 1 e ritenuta la migliore delle definizioni tedesche di diritto amministrativo da von Stein, 1865:

28), poiché consentiva di ricostruire il diritto amministrativo secondo le sicure categorie del rapporto giuridico e del diritto soggettivo (in Italia, sulle orme di von Stein, la definizione di Block e Laferrière è ripresa da Longo, 1861: 243).

Ed è proprio in questo periodo, nella prospettiva costituita dal confronto transnazionale sul rapporto tra Stato e cittadino nell'ambito della teoria dei diritti pubblici soggettivi, si riconosce «l'esistenza di numerosi rapporti giuridici cui si applicano con reciproci temperamenti, qualche volta senza che si possa dire quali prevalgano, i principi del diritto pubblico o quelli del diritto privato» (Romano, 1899: 8).

La successiva dottrina, al cospetto dell'ampliamento delle funzioni amministrative e degli apparati pubblici (Cassese, 1983: 15 sgg. e più recentemente Torchia, 2009: 23 sgg.), notava ancora che «la rigidità di certe formule tradizionali mal si adatta alla feconda larghezza di forme che il diritto moderno ha saputo assumere» e «nascono spesso nel campo dell'attività sociale dello Stato rapporti di diritto che riuscirebbe impossibile qualificare come alcuna delle vecchie e rigide formule [...]; nasce così un *diritto sui generis* affatto caratteristico agli Stati moderni» (Longo, 1861: 255).

Poteva così ritenersi che «lo Stato medesimo nello svolgere l'azione sua verso lo scopo s'incontra nelle collaterali ed uguali libertà dell'individuo e in questo incontro nascono rapporti di stretto ordine civile» che «non si differenziano nella sostanza dal diritto civile, anzi sono parte del diritto civile retamente e largamente inteso» (Meucci, 1892: 9) per giungere ad affermare che «il bene pubblico si realizza, a così dire, in molti casi nel bene privato, così il diritto pubblico si attua nel diritto privato» (Meucci, 1892: 126).

Era questo il periodo, insomma, in cui si ammetteva che vi fossero rapporti tra cittadino e amministrazione in cui non vi era prevalenza del diritto pubblico sul privato o viceversa, cioè «rapporti *sui generis*, partecipanti all'uno e all'altro dei due antichi tipi classici di rapporti o diritto pubblico o di diritto privato» (Orlando, 1892: 95).

Il rapporto costituiva quindi la categoria concettuale neutra, suscettibile di comprendere anche quelle relazioni di confine, cui l'amministrazione partecipava senza l'esercizio dell'autorità, ma nel perseguimento di interessi collettivi, e la cui disciplina poteva farsi discendere dal concorso del diritto pubblico e di quello privato, senza che ciò determinasse la qualificazione in senso pubblicistico o ovvero privatistico del rapporto.

L'organizzazione amministrativa non costituiva oggetto dello studio scientifico del diritto amministrativo: nei manuali dell'epoca lo studio dell'organizzazione amministrativa, come oggi intesa, era quasi completamente assente e mancava del tutto il tentativo di enunciare regole e principi propri della funzione organizzatoria (Meucci, 1892: 157 sgg.).

Esemplificativo è l'approccio al tema dell'organizzazione da parte di quella dottrina che usava strutturare la trattazione generale del diritto amministrativo secondo la nota tripartizione di Gaio (persone, cose e azioni: cfr. Batbie, 1876.).

Tale prospettiva fu seguita anche dalla dottrina italiana (De Gioannis Gianquinto, 1868) e ne nacque una vivace polemica con coloro che sostenevano che tale impostazione fosse inadatta all'esposizione metodologica del diritto amministrativo (Aucoc, 1876: 9).

Rimane peraltro il dato che la trattazione dell'organizzazione amministrativa era ridotta all'esposizione dei soggetti nel diritto amministrativo, senza alcuna particolare attenzione per gli aspetti strutturali e funzionali dell'organizzazione.

### *3. Il diritto (amministrativo) forte, come diritto dell'organizzazione*

La successiva dottrina amministrativistica s'impegnò nel guadagnare terreno rispetto agli altri settori disciplinari proprio sul piano dell'organizzazione e dell'attività amministrativa.

Il rapporto non appare più idoneo perché troppo generale e affine al diritto costituzionale e perché non riesce a spiegare l'oggetto proprio del diritto amministrativo, ossia la visione dinamica dell'attività dello Stato nel perseguimento dei propri fini (Orlando, 1892: 7).

Al definitivo abbandono della prospettiva del rapporto giuridico concorre l'affermarsi delle teorie istituzionaliste, che muovono proprio dall'incapacità del modello del rapporto giuridico, ereditato dalla sistematica civilistica, a spiegare la complessità del fenomeno giuridico.

Si osserva che l'«errore, che si ripete in molti campi del diritto pubblico e talvolta, del diritto privato. Di non dare rilievo giuridico all'ordinamento in cui un'istituzione si concreta, se non in quanto esso riflette i rapporti fra più subietti. Una delle più assurde conseguenze, che si trae da tale concezione [...] è quella che nega carattere giuridico alle relazioni fra lo Stato e i suoi organi» le quali «si traducono in atti che hanno qualche valore nei confronti dei sudditi, allora non soltanto tali atti – si noti bene – ma anche i rapporti interorganici, che li hanno preparati e preceduti, acquisterebbero importanza per il diritto: un'importanza, come si vede, indiretta e di straforo, un'ombra di vita, anzi una momentanea galvanizzazione» e «il giurista li vede e non può non vederli, ma egli, che del diritto si è formato un'idea, da cui non pensa di allontanarsi, crede che siano “ombre vane fuor che nell'aspetto”» (Romano, 1945: 87).

Cosicché il diritto amministrativo diventa il diritto dell'organizzazione amministrativa (Romano, 1945: 98) e su questo crinale si specializza definitivamente rispetto al diritto privato.

Così il rapporto amministrativo scompare dalle definizioni del diritto amministrativo in uso agli inizi del XX (Orlando, 1892: 9 sgg.), orientate tutte alla funzionalità dell'attività amministrativa e alla giuridicità dell'organizzazione amministrativa, ma prive di reale riferimento alla soggettività delle relazioni che si instaurano nell'ambito dell'agire amministrativo (fallirà così il tentativo di Longo, 1861: 244, di coniugare la concezione del diritto amministrativo di Loening-Orlando con la rilevanza del rapporto amministrativo).

Come è stato autorevolmente rilevato «[l]a teoria del diritto come rapporto tra due soggetti aveva tenuto il campo fino a che la teoria generale del diritto era stata modellata sul diritto privato: la teoria dello Stato come persona giuridica, che aveva permesso l'applicazione del concetto di rapporto giuridico al rapporto tra individui e Stato, era stata un tentativo di costruire la dogmatica del diritto pubblico a immagine e somiglianza di quella del diritto privato. Quando entrarono in lizza i pubblicisti, sempre più insofferenti all'antico giogo, l'immagine del diritto come rapporto intersoggettivo fu rapidamente offuscata e sostituita dall'istituzione: per chi aveva a che fare con la realtà dello stato il fenomeno più imponente di cui doveva tener conto era l'apparato organizzativo, un insieme di regole la cui funzione non era tanto quella di dividere parte da parte, ma di mettere in relazione le parti con il tutto» (Bobbio, 2007: 133).

#### *4. L'eclissi dell'organizzazione e il ritorno al diritto privato*

Il declino della concezione dello Stato e del paradigma pubblicistico dell'organizzazione quale conseguenza della globalizzazione ha indotto una parte della dottrina ad intravedere e anche auspicare un ritorno al diritto privato a scapito del diritto pubblico, soprattutto in ragione della comparsa sulla scena di attori privati cui sono affidate funzioni amministrative e di regolazione (Büthe, Mattli, 2011).

Ideologicamente orientata (la critica al carattere ideologico e plusvaloriale della dicotomia contraddistingue l'intera opera della scuola viennese: da Kelsen, 1911: VIII) e storicamente mutevole (Stolleis, 1988: 65 sgg.), nonostante i suoi innumerevoli detrattori, la grande dicotomia diritto pubblico e privato continua quindi a sopravvivere pervicacemente nella formazione culturale del giurista continentale e nell'applicazione giurisprudenziale (Alpa, 2009: 391).

Essa continua a condizionare la dottrina moderna del diritto amministrativo, soprattutto nei momenti, come questo, di grande trasformazione del sistema amministrativo (Pugliatti, 1964: 696).

Se in passato i teorici generali hanno patrocinato versioni assiologiche della dicotomia – nel senso del primato ora del diritto pubblico (Binding, 1922: 255; Thon, 1878: 114 sgg.) ora del diritto privato (Savigny, 1814; Ravà, 1911)

—, ancora oggi nella dottrina amministrativistica si confrontano periodicamente i fautori della svolta privatistica e i difensori della specialità pubblicistica.

A fronte dei processi di privatizzazione, si è arrivati a prospettare la soppressione del diritto amministrativo, da un lato assorbito nel diritto costituzionale, dall'altro confuso nell'applicazione del diritto comune o auspicare, nel contesto degli effetti della globalizzazione del diritto, la sostituzione *tout court* del provvedimento (e della legge) con il contratto (Galgano, 2005: 93 sgg.).

Nel senso opposto si muove la prospettiva che, attraverso una rivisitazione della tradizione giuspubblicistica liberale, rivendica una visione totalizzante in senso pubblicistico da contrapporre alle «avventuristiche mode privatistiche» che determinerebbero una caduta radicale della tutela del cittadino (Mazzamuto, 2008: 161 sgg., in part. 174 e 2012: 3 sgg.).

Entrambe le posizioni non paiono condivisibili perché assiologicamente orientate, in base ad un giudizio di valore per un versante e disvalore per l'altro versante della dicotomia, a respingere rispettivamente il diritto pubblico o il diritto privato fuori dall'universo dei rapporti tra amministrazione e cittadino (Bobbio, 2007: 123).

Così la posizione, per così dire, privatistica deve riconoscere i limiti del contratto, quale atto di autonomia, in antitesi all'eteronomia delle fonti normative (Galgano, 2005: 110 sgg.) e i problemi connessi alla non conoscibilità del rapporto di diritto privato rispetto alla conoscibilità di quello di diritto pubblico (Alpa, 2009: 373 sgg.).

Anche la posizione pubblicistica appare, sotto molti profili, antistorica nella misura in cui richiama indirizzi dottrinali collocabili in un contesto storico e culturale in cui la scienza del diritto amministrativo lottava per sottrarsi al giogo culturale del diritto privato, trascurando di comprendere il processo di trasformazione del sistema amministrativo che, operando in molteplici direttive (liberalizzazione, semplificazione, deregolazione, decontrazione, autonomia), investe proprio quei caratteri tradizionali del diritto amministrativo (Cassese S. 2002: 27) in relazione al quale si erano formati tali indirizzi.

Si tratta, in entrambi i casi, di uso storiografico della dicotomia, in cui il discorso assiologico opera diacronicamente, attribuendosi più valore solo a ciò che veniva prima o solo a ciò che è venuto dopo (Bobbio, 2007: 124 e 128).

Si è infine prospettato un nuovo diritto comune (Giannini, 2004: 723), inteso come il diritto delle tecniche di tutela degli interessi, indifferente alla loro natura pubblica e privata e rimesso alla scelta del legislatore, di talché «quando il legislatore, cioè la volontà politica, decide di tutelare un interesse mercé una data tecnica, è superfluo domandarsi se quell'interesse sia pubblico o privato» e ciò perché «non c'è, né ci fu in epoche del passato, un catalogo di interessi privati o di interessi pubblici [...] ciò che è privato oggi può

divenire pubblico domani; ciò che è pubblico oggi può divenire privato domani» (Irti, 2011: IX sgg.).

Un diritto comune non come diritto del codice civile, ma come diritto della molteplicità dei corpi normativi, un diritto dei mezzi e non dei fini, un diritto «delle tecniche di scelta di protezione, di rifiuto o di accoglimento nelle forme di tutela giurisdizionale».

Altra prospettiva è quella della teoria dell'ibridazione o embricazione tra diritto pubblico e diritto privato, da tempo indicata dalla dottrina come fenomeno erosivo della dicotomia (Jellinek, 1892: 65).

La più recente dottrina si è impegnata in un'analisi approfondita del fenomeno, mettendo in evidenza le tecniche, le funzioni e i limiti del processo di reciproca interferenza tra diritto pubblico e diritto privato attraverso un'indagine delle norme e degli orientamenti giurisprudenziali (Napolitano, 2003).

Ne è risultato un quadro fortemente dinamico, in cui si alternano fenomeni di privatizzazione del diritto amministrativo, per effetto del quale molti elementi tipicamente pubblicistici sono sottoposti al diritto privato, e fenomeni di pubblicizzazione del diritto amministrativo privatizzato.

Inquadrandolo l'intreccio di regole e principi pubblicistici e civilistici nell'ambito di un più ampio scenario di mutazione dei poli normativi di riferimento, se ne desume l'instabilità degli equilibri tra diritto pubblico e privato, concludendo per la praticabilità di soluzioni solo contingenti, che di volta in volta stabiliscano gli equilibri dell'intreccio (Napolitano, 2003: 235 sgg.).

Come è stato osservato, tale conclusione costituisce in realtà il punto di partenza di un percorso sistematico volto all'individuazione dei «criteri per scomporre e ordinare l'intreccio», onde evitare il rischio «che si passi dalla mitologia della dicotomia pubblico-privato alla mitologia del loro intreccio, con equilibri variabili a seconda delle circostanze» (D'Alberti, 2004: 240).

##### *5. Il diritto debole e la ripresa del dialogo*

Peraltro, è evidente che la scelta di individuare la tecnica del diritto privato per lo svolgimento dell'attività amministrativa comporta la perdita di un sistema di disciplina più articolato (Merusi, 2004: 649 sgg.): assoggettamento della decisione dell'amministrazione ai principi di corrispondenza fra decisione e fine legale, imparzialità, ragionevolezza, rilevanza di interessi di terzi, la fruibilità di tutela in forma specifica.

Si tratta del sistema disciplinare edificato storicamente sulla tecnica prima dell'atto amministrativo (Sorace, 1988: 765 sgg.) e poi della funzione e dell'organizzazione amministrativa, ma che, ove ad essa si sostituisca la tecnica del contratto e dell'obbligazione, imporrebbe la necessità non di meno ma di più rego-

le (Marzuoli, 1995: 393 sgg.) per compensare, da una parte, quella perdita disciplinare (Torchia, 2012: 57 sgg.; Harlow, 2009: 75 sgg.) e, dall'altra, per evitare la riviviscenza del pubblico nel soggetto o nella funzionalità dell'attività.

In ordine al primo profilo, quello della tutela, si richiede una apposita normazione in grado di attribuire rilevanza agli interessi di terzi che non avrebbero cittadinanza nel diritto privato e che rimetterebbe, in definitiva, al legislatore la scelta quali interessi tutelare, non escludendosi tuttavia la possibilità di una revisione degli istituti del diritto privato volta ad attribuire rilevanza ai diritti dei terzi (Marzuoli, 1995: 418).

Con riferimento al secondo profilo, si osserva che se vi è privatizzazione e quindi «si ammette che il soggetto pubblico possa utilizzare forme soggettive private [...], siccome a quella forma (privata) corrisponde una sostanza diversa (pubblica) occorrono apposite disposizioni per compensare la situazione, per “regolare” (appunto) quella divaricazione» e ciò non solo nella prospettiva di «evitare che la logica della forma possa travolgere la sostanza di interesse pubblico», ma soprattutto per evitare che «una logica privatistica proprio non vi sia» (Marzuoli, 1995: 425 sgg.).

In altri termini la scelta della tecnica privatistica non è sufficiente se non accompagnata da regole idonee ad attribuire, da una parte, rilevanza alla sostanza degli interessi pubblici e privati e, dall'altra, ad impedire che proprio la sostanza pubblica vanifichi la scelta del legislatore.

La consapevolezza della 'debolezza del diritto' al cospetto della globalizzazione, di quello amministrativo ma anche del diritto privato, dovrebbe invece condurre ad un approccio funzionale e alla sperimentazione di nuovi ambiti disciplinari.

Le moderne teorie hanno infatti mostrato che, nella prospettiva funzionale, la distinzione tra diritto pubblico e privato perde ogni valore dicotomico e assiologico, poiché la stessa struttura normativa può svolgere più funzioni e, viceversa, la stessa funzione può essere svolta da strutture normative diverse.

Dottrina civilistica e pubblicistica hanno peraltro sperimentato isolatamente l'approccio funzionale al diritto (Breccia, 2013: 105 sgg., 127), senza comunicazione dei risultati isolatamente acquisiti, di talché ogni disciplina ha continuato ad avere dell'altra una immagine ormai superata (Breccia, 2013: 127).

Così la dottrina amministrativistica ha ritenuto e ancora ritiene l'autonomia contrattuale inconciliabile con l'eteronomia determinata dal principio di legalità e dalla funzionalità dell'attività amministrativa, in ragione di una concezione giusnaturalistica dell'autonomia privata ormai abbandonata dalla dottrina civilistica.

Allo stesso modo, la dottrina civilistica, che ha ormai superato quella concezione extrasistemica e giusnaturalistica dell'autonomia negoziale (Irti, 1994:



20) e raggiunto risultati condivisi sull'apertura del diritto privato alla realtà sociale, soprattutto nell'ambito della sua rivisitazione alla luce della Costituzione (Alpa, 2009), ritiene ancora necessario difendere gelosamente il contratto dall'eterodeterminazione dell'interesse pubblico (Raiser, 1971: 29 sgg.; Oppo, 1994: 25 sgg.), anche quando la dottrina amministrativistica ha ormai abbandonato la convinzione che il perseguimento di tale interesse richieda sempre una logica unilateralistica.

Solo in tempi più recenti, soprattutto dalla dottrina civilistica, è venuto il ripensamento in senso funzionale del diritto privato in rapporto con il diritto pubblico, che ha condotto al superamento dell'isolazionismo disciplinare e alla matura consapevolezza che il primo non è più solamente l'ambito dell'autonomia e della libertà e il secondo il luogo dell'eterodeterminazione e del comando.

In tale prospettiva si evidenzia che molti istituti del diritto amministrativo possono essere ricostruiti nella logica del diritto privato, il quale deve definitivamente riconoscere il superamento dei tradizionali assiomi e la possibilità che la libertà contrattuale e la proprietà incontrino dei vincoli funzionali al perseguimento di interessi collettivi.

Nella logica funzionale, in passato è stata coltivata la concezione della società di diritto civile dell'ordoliberalismo come ambito disciplinare autonomo rispetto al diritto privato e pubblico (Böhm, 1966: 75; Canaris, 1993: 873).

Siffatta prospettiva si fonda sul riconoscimento di un ambito sociale, quello dell'economia di mercato, in cui opera un diritto civile che, al di là delle assonanze, non è il diritto privato in senso tecnico, ma un ordinamento complesso in cui l'esercizio dell'autonomia privata è regolato sia da elementi di ordine privatistico, ed in primo luogo quello della responsabilità sociale dei privati, che da elementi tradizionalmente ascritti al diritto amministrativo.

Tale teorizzazione, che ampia influenza ha avuto sul diritto dell'economia soprattutto in sede europea, ha condotto la dottrina ad affermare che l'autonomia privata non possa più essere considerata disgiuntamente dalla sua regolazione in senso funzionale (Grundmann, 2010: 592).

In tale nuovo contesto, il profondo ripensamento dei termini della dicotomia ha portato a diverse teorizzazioni che, peraltro, hanno in comune un tratto essenziale: la rivalutazione del rapporto giuridico come substrato teorico e tecnico per una rivisitazione in senso funzionale della relazione tra diritto pubblico e privato.

Tali teorie utilizzano la categoria concettuale del rapporto come prospettiva per la valutazione degli interessi sostanziali e la composizione della complessità che si determina per effetto delle interferenze e contaminazioni tra diritto pubblico e privato, in una prospettiva funzionale del diritto fondata sugli interessi che vengono in rilievo nel rapporto.

Il superamento della dicotomia è possibile attraverso la creazione da parte di tutti i formanti di un diritto comune differenziato, ossia di un diritto comune applicabile ad ogni rapporto, indipendentemente dalla natura dei soggetti, del carattere funzionale o meno dell'attività svolta, che tuttavia si differenzia in ambiti disciplinari in ragione di specifici principi e criteri (Bullinger, 1968: 81).

Ciò non significa che il diritto delle obbligazioni previsto dal codice civile sia applicabile *tout court* all'attività amministrativa né che i principi generali del diritto amministrativo si applichino acriticamente ai comportamenti dei privati in determinati ambiti (quale ad es. quello dell'economia), ma che diritto pubblico e privato, non più contrapposti, concorrano nella determinazione della disciplina del particolare ambito non in conseguenza dell'aprioristica qualificazione pubblicistica o privatistica del rapporto ma in ragione del criterio di appropriatezza delle regole e dei concetti in relazione al rapporto sostanziale (Bullinger, 1968: 82).

Ciò che qui preme mettere in evidenza è che diritto pubblico e privato non rappresentano più ambiti contrapposti ed isolati e se confluiscono in un diritto comune permane la necessità di differenziare nuovi ambiti disciplinari in base agli interessi rilevanti nel rapporto, giungendo alla formulazione di criteri che, in una prospettiva funzionale, considerano diritto pubblico e privato come strutture normative in grado di svolgere sullo stesso piano una funzione appropriata alla differenziazione.

In definitiva, le nuove sfide della globalizzazione e della privatizzazione richiedono l'elaborazione di ambiti disciplinari differenziati, i quali possono esistere se alla 'forza' della grande dicotomia diritto pubblico e privato si sostituisce la 'debolezza dei diritto' (pubblico e privato), che vuol dire rinuncia a qualsiasi ragionamento di tipo assiologico, nella consapevolezza che quello intrapreso è un 'percorso' e che ogni acquisizione è necessariamente 'provvisoria', come lo sono i fenomeni che stanno sconvolgendo il diritto amministrativo.

*Riferimenti bibliografici*

- Allegretti U. 1996, *Il valore della costituzione nella cultura amministrativistica*, in *Dir. pubbl.*
- Allison J. 1996, *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford.
- Alpa G. 2009, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, Roma-Bari.
- Auby J.-B. 2003, *La globalisation, le droit e l'état*, Paris.
- Aucoc M. 1876, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, Paris.
- Barbie A. 1861-1868, *Traité théorique et pratique de Droit public et administratif*, Paris.
- 1876, *Précis du Cours de droit public et administratif professé à la Faculté de droit de Paris* (II ed.), Paris.
- Benvenuti L. 2011, *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Giappichelli, Torino.
- Binding K. 1922, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts* (IV ed.), I, Leipzig.
- Block M. 1856, *Dictionnaire de l'Administration française*, Paris-Strasbourg.
- Bobbio N. 2007, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- Böhm F. 1966, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, ORDO 17.
- Breccia U. 1989, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit. dir. priv.*
- 2013, *Immagini del diritto privato*, I, Giappichelli, Torino.
- Bullinger M. 1968, *Öffentliches Recht und Privatrecht: Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung*, Stuttgart.
- Büthe T., Mattli W. 2011, *New Global Rulers: The Privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton.
- Canaris C-W. 1993, *Verfassungs – und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, in P. Badura (a cura di), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, München.
- Cassese S. 1983, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna.
- 2002, *Le trasformazioni del diritto amministrativo, dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I.
- Chauveau A. 1841, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, I, Paris.
- D'Alberti M. 2004, *Recensione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*
- De Gérando J.M. 1829, *Institutes de droit administratif française ou éléments du Code Administratif réunis et mise en ordre*, Paris.
- De Gioannis Gianquinto G. 1864, *Nuovo diritto amministrativo*, Padova.
- 1868, *Corso di diritto pubblico amministrativo professato nelle RR. Università di Pavia e di Pisa*, Pisa.
- Ferrarese M.R. 2000, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna.

- 2011, voce *Globalizzazione del diritto*, in *Annali IV dell'Enciclopedia del diritto*, Milano.
- 2012, *Prima Lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari.
- Foucalt F. 1985, *Eléments de Droit public et administratif ou exposition méthodique des principes du droit positif* (IV ed.), I, Paris.
- Galgano F. 2005, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna.
- Garelli G.E. 1860, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Giannini M.S. 2004, *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, in Id., *Scritti giuridici*, V, Milano: 723.
- Grundmann S. 2008, *The Concept of the Private Law Society after 50 Years of European and European Business Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*.
- 2010, *L'unità del diritto privato. Da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*
- Halpin A., Roeben V. (a cura di), *Theorising the Global Legal Order*, Oxford.
- Harlow C. 2009, *The «Hidden Paw» of the State and the Publicisation of Private Law*, in D. Dyrenhaus, M. Hunt, G. Huscroft (a cura di), *A Simple Common Lawyer. Essays in honour of M. Taggart*, Oxford-Portland.
- Held D., McGrew A., Goldblatt D., Perraton J. 1999, *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*, Cambridge.
- Irti N. 1994, *Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)*, in *Riv. dir. civ.*
- 2011, *Prefazione a V. Cerulli Irelli, Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino.
- Jellinek G. 1892, *System der subjektiven öffentlichem Rechte*, Freiburg i.B.
- Kelsen H. 1911, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen: VIII.
- 1924, *Diritto pubblico e privato*, in *Riv. intern. fil. dir.*
- 1925, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin.
- 1960, *Reine Rechtslehre* (II ed.), Wien.
- Krabbe H. 1919, *Die moderne Staats-Idee* (II ed.), Haag.
- Kraft J. 1923, *Die juristische und soziologische Bedeutung der Unterscheidung vom privatem und öffentlichem Recht*, in *AöR*.
- Laferrière M.F. 1860, *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec le lois nouvelles et précédé d'une introduction historique* (V ed.), I, Paris.
- Leibfried S., Zürn M. (a cura di) 2005, *Transformations of the State?*, Cambridge, 2005.
- Loening E. 1884, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig.
- Longo A. 1861, *La teoria dei diritti pubblici subbietivi e il Diritto Amministrativo Italiano*, in *Arch. dir. pubbl.*, I.
- Maggiore G. 1922, *L'aspetto pubblico e privato del diritto e la crisi dello Stato moderno*, in *Riv. intern. fil. dir.*
- 1940, *Quel che resta del Kelsenismo*, in *Studi giuridici in onore di S. Romano*, Padova.
- Manna G. 1860, *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo ossia introduzione alla scienza ed alle leggi dell'amministrazione pubblica*, Napoli.

- Mannori L., Sordi B. 2001, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari.
- Marzuoli C. 1995, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*
- Mazzamuto M. 2008, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- 2012, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Merkl A. 1920, *Die monarchistische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung*.
- Merlin P.A. 1812, *Acte administratif*, in *Répertoire universelle et raisonné de jurisprudence* (IV ed.), Paris, I.
- Merusi F. 2004, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*
- Meucci L. 1892, *Istituzioni di diritto amministrativo* (III ed.), Torino.
- Montanari B. 1995, *Itinerario di filosofia del diritto. Per una lettura critica dell'esperienza giuridica*, Cedam, Padova.
- Mortara L. 2013, *Lezioni di diritto amministrativo e scienza d'amministrazione (R. Università di Pisa 1886-1887)*, Jovene, Napoli.
- Napolitano G. 2003, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Oliver D. 2009, *What, If Any, Public-Private Divides Exit?*, in M. Ruffert (a cura di), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London.
- Oppo G. 1994, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*
- Orlando V.E. 1892, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze.
- Persico F. 1875, *Principi di diritto amministrativo* (II ed.), Napoli.
- Pötzl J. 1856, *Lehrbuch des Bayerischen Verwaltungsrechts*, München.
- Pugliatti S. 1964, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano.
- Raiser L. 1971, *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin.
- Ravà T. 1911, *Il diritto come norma tecnica*, Tipografia Dessì, Cagliari.
- Robinson W.I. 2007, *Theories of Globalization*, in G. Ritzer (a cura di), *The Blackwell Companion to Globalization*, Oxford.
- Romagnosi G.D. 1835, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni* (III ed.), Prato.
- Romano S. 1897, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano.
- 1899, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, Milano.
- 2003, *Gli scritti del Trattato Orlando*, Milano.
- Sandulli A. 2009, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano.
- Savigny F.C. 1814, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg.

- Shaw M. 2000, *Theory of the Global State: Globality as an Unfinished Revolution*, Cambridge.
- Sorace D. 1988, *Promemoria per una per una nuova "voce": Atto amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano.
- Stolleis M. 1988, *Geschichte der öffentlichen Rechts in Deutschland*, I, München.
- Thon A. 1878, *Rechtsnorm und Subjectives recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar.
- Torchia L. 2009, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna.
- 2012, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in F. Brescia, L. Torchia, A. Zoppini, *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Twining W. 2009, *General Jurisprudence – Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge.
- Vattimo G., Rovatti P.A. (a cura di) 1983, *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Milano.
- von Stein L. 1865, *Lehre von der vollziehenden Gewalt*, Stuttgart.
- Weyr F. 1914, *Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*.
- Zöllner W. 1996, *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes – und Richterstaat*, Köln.